

Audizione del Presidente R. Rustichelli

4 maggio 2021

Gentile Presidente,

ringrazio la Commissione Politiche dell'Unione Europea per l'invito a partecipare all'audizione in oggetto e per l'attenzione rivolta all'Autorità.

Va da subito evidenziato che il tema oggetto dell'Indagine è di importanza cruciale per il Paese alla luce delle conseguenze anche finanziarie che si ricollegano ad una pronuncia di condanna del Giudice europeo.

Del resto, la concorrenza e il mercato comune rappresentano storicamente il cuore dell'attività legislativa dell'Unione europea e molte delle procedure di infrazione a carico dell'Italia nascono dal contrasto della disciplina nazionale delle attività economiche con i principi comunitari.

L'Autorità accoglie, dunque, con favore questa iniziativa che, oltre a far luce sulle cause, ha come preminente obiettivo l'individuazione di strumenti e rimedi volti a prevenire e meglio gestire le procedure di recepimento e di attuazione della normativa europea.

Tali procedure, dico sin d'ora, non riguardano direttamente le competenze dell'Autorità, avendo piuttosto quali destinatari diretti i soggetti che, a vario titolo, partecipano al processo legislativo.

Ciò nondimeno, poiché l'Autorità svolge un importante ruolo di segnalazione, stimolando la modifica o la rimozione di norme restrittive della concorrenza che sovente si traducono nella violazione delle regole unionali, l'esperienza maturata può offrire elementi utili di riflessione per i lavori di codesta Commissione.

I. La funzione di advocacy dell'Autorità e il processo di apertura dei mercati

Prima di entrare nell'analisi delle questioni di merito più rilevanti, pare utile delineare anzitutto la cornice entro cui si colloca l'azione dell'Autorità per comprendere meglio strumenti e obiettivi dei suoi interventi.

Due considerazioni, in proposito, meritano di essere sottolineate.

La prima è che l'Autorità è stata dotata sin dall'origine di poteri consultivi e di segnalazione nei confronti del legislatore e delle amministrazioni pubbliche al fine di favorire l'adeguamento dell'ordinamento nazionale ai principi concorrenziali, anche di derivazione comunitaria. Tali poteri, previsti dagli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90, hanno conosciuto un sensibile rafforzamento nel corso degli anni.

Mi limito a ricordare che ad essi è stato aggiunto il parere preventivo obbligatorio dell'Autorità sugli schemi di disegni di legge governativi che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di un'attività economica (articolo 34 del c.d. n. 201/2011, c.d. decreto Salva-Italia; il potere di impugnativa degli atti amministrativi che si pongono in violazione delle regole di concorrenza ex art. 21-bis, L. n. 287/90 introdotto dall'art. 35 del d.l. 201/2011); il potere di segnalare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri le leggi regionali introduttive di restrizioni alla concorrenza ai fini dell'eventuale impugnativa dinnanzi alla Corte Costituzionale (art. 4, co. 1 del d.l. 1/2012, c.d. Cresci-Italia)

Complessivamente, tali poteri costituiscono oggi un ventaglio molto ampio di strumenti attraverso i quali l'Autorità ha possibilità di intervenire sul quadro regolatorio, sia esercitando *ex ante* un ruolo di consulenza tecnica verso i pubblici poteri, sia svolgendo *ex post* un importante ruolo di guardiano dei processi di regolazione dei mercati, sotto il profilo della coerenza con i principi e le regole anche comunitarie vigenti in materia.

La seconda considerazione è che l'Autorità, pur essendo - come ovvio - un'amministrazione nazionale che opera sulla base del diritto interno, è comunque legata da un forte vincolo con l'ordinamento euro-unitario: non solo perché in sede di *enforcement* è formalmente tenuta ad applicare le norme europee di concorrenza ed è vincolata ad un criterio interpretativo filo-comunitario (art. 1, co. 4 Legge n. 287/90), ma anche perché, sul piano sostanziale, molte norme di apertura dei mercati, fondamentali per il corretto operare della libera concorrenza su cui essa è chiamata a vigilare, sono di diretta derivazione comunitaria.

Ciò comporta che tali norme europee sono oggetto di speciale attenzione da parte dell'Autorità e spiega altresì perché, non di rado, essa, nel segnalare al legislatore le norme interne che non eliminano le restrizioni esistenti oppure ne introducono di nuove e ingiustificate, evidenzia che le stesse si pongono anche in contrasto con i principi euro-unionali relativi alle materie di volta in volta considerate.

Questa circostanza sembra testimoniare - come dirò meglio tra poco - che l'Autorità, individuando restrizioni normative all'esercizio dell'attività d'impresa, sia spesso posta in una condizione di più efficace percezione di possibili violazioni di

principi fissati dall'ordinamento europeo, potendo dare, dunque, un contributo di rilievo nell'ottica che qui interessa.

In effetti, guardando alle procedure di infrazione ad oggi esistenti nell'ambito delle tematiche di interesse per l'Autorità, molte di esse riguardano proprio restrizioni concorrenziali dalla stessa segnalate nel corso degli anni¹.

Questo aspetto emerge, con particolare evidenza, nelle procedure di infrazione riguardanti l'introduzione o la mancata rimozione di restrizioni all'esercizio di attività economiche riconducibili a discipline che regolano le condizioni di accesso all'attività, ovvero a una gestione non competitiva di risorse essenziali.

E' noto che fin dai primi anni della sua attività, l'Autorità si è ripetutamente interessata di queste tematiche, concernenti elementi vitali per la competitività dei mercati nazionali. Il riferimento è in particolare ai processi di liberalizzazione dei grandi servizi a rete, che hanno attraversato per intero il decennio degli anni '90, e rispetto ai quali l'Autorità ha svolto un importante ruolo di supporto, richiamando il legislatore sull'esigenza di dare corretta attuazione ai principi comunitari di apertura dei mercati e contribuendo così a conformare l'ordinamento interno ai principi europei.

L'attenzione per la materia si è, peraltro, accentuata a seguito dell'emanazione della direttiva CE/2006/123 - c.d. *direttiva Servizi* -, che, promuovendo un ampio processo di revisione delle discipline nazionali vigenti in materia di servizi privati, nonché il superamento dei vincoli ingiustificati all'esercizio delle attività economiche, continua a rappresentare per gli Stati membri un'opportunità di crescita importante ed imprescindibile. Ciò è ancor più vero per un Paese come l'Italia, caratterizzato - come noto - da una risalente tradizione di regolamentazione pervasiva delle attività economiche.

Per questo, già nel 2008, con la segnalazione AS453² l'Autorità invitava il Governo a cogliere l'importanza del processo di attuazione della direttiva come leva per la crescita del Paese, individuando quelli che all'epoca potevano essere i settori chiave sui quali soffermare l'attenzione, incluso quello della rimozione di ostacoli normativi sproporzionati all'esercizio di attività professionali, peraltro ancora oggi oggetto di procedura di infrazione.

Anche dopo il recepimento della Direttiva, avvenuto a livello nazionale con l'emanazione del d. lgs. n. 59/2010, in molteplici occasioni l'Autorità ha segnalato

¹ Anche facendo ricorso all'esercizio dei poteri di cui all'art. 21 bis l. 287/90, come nel caso della disciplina delle concessioni balneari.

² Segnalazione AS453 *Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, 11 giugno 2008, in *Boll.* 17/2008

il contrasto di disposizioni vigenti con i principi di liberalizzazione racchiusi nella direttiva.

Particolarmente ripetuti sono risultati anche gli interventi funzionali a evidenziare l'opportunità di introdurre e mettere effettivamente in atto procedure aperte, trasparenti e non discriminatorie ai fini del rilascio di concessioni volte allo sfruttamento di risorse limitate ma essenziali per lo svolgimento di determinate attività produttive³. A questo proposito giova ricordare - come meglio si vedrà in seguito - le grandi derivazioni idriche atte alla produzione di energia elettrica e i litorali marittimi, entrambi oggetto di segnalazioni dell'Autorità al fine di assicurare un processo di concorrenza almeno nell'accesso al mercato e i conseguenti vantaggi in termini di benessere della collettività.

La corretta attuazione della c.d. direttiva Servizi è naturalmente soltanto un esempio circoscritto, anche se paradigmatico del rilevante contributo che l'Autorità attraverso i suoi poteri di *advocacy* può dare al contenimento delle procedure d'infrazione con riferimento ai profili giuridici che più direttamente la riguardano, ovvero il rispetto dei principi e delle norme euro-unionali concernenti la concorrenza, la tutela del consumatore e la libera prestazione di beni e servizi.

II. Focus sui singoli interventi in settori toccati da procedure di infrazione

Volendo dare conto dei principali interventi di *advocacy* che l'Autorità ha condotto in alcuni ambiti oggi interessati da procedure di infrazione e che mettono in rilievo la possibile complementarietà di queste iniziative nella prevenzione e soluzione delle procedure di infrazione, tre casi assumono particolare valenza:

- a) le concessioni idroelettriche;
- b) le concessioni demaniali marittime per finalità turistiche-ricreative;
- c) il subappalto.

Le concessioni di derivazione d'acqua a scopo idroelettrico.

Per quanto riguarda il tema delle concessioni idroelettriche, dopo alcuni interventi specificamente focalizzati su questioni locali⁴, comunque toccate dalla

³ Trattasi di un tema di così cruciale rilevanza da essere stato oggetto anche della giurisprudenza costituzionale. V., *ex multis*, Corte Costituzionale, sent. n. 235/2011 e n. 291/2012.

⁴ Cfr., al riguardo, la segnalazione AS233 *Segnalazione sulle concessioni per lo sfruttamento di grandi derivazioni a scopo idroelettrico*, 14 marzo 2002, che evidenziava le distorsioni concorrenziali legate alla preferenza accordata

attuale procedura di infrazione⁵, l’Autorità, a pochi anni di distanza dall’emanazione della direttiva Servizi, con la segnalazione annuale AS659⁶ aveva richiamato l’attenzione sulla necessità di introdurre procedure competitive per lo sfruttamento delle grandi derivazioni idriche utilizzabili per la produzione di energia elettrica, osservando che, nonostante l’introduzione di previsioni normative volte alla disciplina di procedure di questo genere, *di fatto* le medesime non erano state mai attivate⁷.

La successiva apertura della procedura di infrazione ha confermato che la prospettiva dell’Autorità, attenta ad individuare quelle restrizioni alle attività economiche capaci di pregiudicare l’efficienza ed il benessere del Paese, può contribuire in modo efficace a suggerire soluzioni normative ragionevolmente più conformi ai principi euro-unionali in tema di apertura dei mercati e di disciplina delle attività economiche.

Per quanto la prospettiva seguita dall’Autorità nella formulazione di queste segnalazioni non sia circoscritta all’individuazione, in sé, di possibili violazioni di norme euro-unionali, la sua funzione di rilevazione di ostacoli all’esercizio competitivo dell’impresa si presta comunque ad intercettare, spesso in anticipo rispetto alla Commissione, i profili più problematici che la legislazione nazionale può presentare anche nel confronto con i principi del diritto euro-unionale e a suggerire soluzioni idonee ad evitare il problema o a porvi fine.

In particolare, la procedura di infrazione che interessa la materia del rilascio delle concessioni idroelettriche⁸ sembra sollevare, in effetti, problemi simili a quelli che

nel rilascio delle concessioni al concessionario uscente e alle aziende controllate da enti locali dalla legislazione del trentino. In senso analogo, cfr. anche la successiva segnalazione AS650 *Gestione della produzione di energia idroelettrica in provincia di Bolzano*, del 22 dicembre 2019, che sottolinea come la successiva riforma della materia, pur aprendo apparentemente alla concorrenza, di fatto lasciava sotto un regime non competitivo le concessioni nei fatti esistenti

⁵ Cfr. Commissione UE proc. 2011/2026 C (2019)1292 final accessibile via web su camera.it

⁶ Segnalazione AS659 *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 9 febbraio 2010, in Boll. 4/2010

⁷ In questo atto l’Autorità sottolineava altresì che “*risulta sostanzialmente assente il ricorso a procedure di selezione competitiva nel rilascio di concessioni di beni pubblici, e ciò in molti settori, che vanno dal demanio marittimo (cfr. AS551) all’utilizzo delle acque termali (cfr. AS402). Il problema segnalato emerge, infine, con particolare rilevanza in altri settori, tra cui quello dell’energia elettrica, dove l’Autorità ha di recente segnalato l’utilizzo di procedure di gara insoddisfacenti per l’affidamento di importanti concessioni per la derivazione d’acqua ad uso idroelettrico (cfr. AS650), quello, già richiamato, della distribuzione di gas naturale, in numerosi mercati del trasporto pubblico (cfr. AS528; AS549), nonché in mercati relativi a diversi servizi (cfr. AS569), ecc.*”

⁸ Cfr. Commissione UE proc. 2011/2026 C (2019)1292 final

l'Autorità aveva evidenziato nei suoi interventi di *advocacy* e ha continuato a sottolineare anche nelle successive segnalazioni⁹.

Trattasi, in sintesi, dell'importanza di non procrastinare l'effettiva messa in atto delle procedure competitive a tutto vantaggio del benessere della collettività, e dell'indispensabilità di soluzioni di eventuale passaggio delle consegne, che non avvantaggino il gestore uscente.

Le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative

Anche il tema delle concessioni balneari (anch'esse, attualmente oggetto di procedura d'infrazione) è stato interessato da numerosi interventi dell'Autorità volti a suggerire la rimozione dei sistemi di rinnovo automatico delle concessioni, nonché

⁹ (i) Sul tema della eccessiva durata delle proroghe, si ricorda anzitutto la segnalazione *AS1550_Concessioni e criticità concorrenziali*, del 20 dicembre 2018 che affronta in modo trasversale il tema dell'affidamento delle concessioni su beni pubblici e si sofferma ampiamente anche sulle concessioni idroelettriche, sottolineando che *“la ripetuta fissazione di termini decennali o quinquennali (mai rispettati) per l'espletamento delle procedure di gara non fa che costituire una proroga indeterminata, medio tempore, delle gestioni in essere. Appare quindi necessario superare l'attuale situazione di stallo e provvedere nel più breve tempo possibile all'espletamento delle procedure di gara, posto che ulteriori proroghe della scadenza delle concessioni esistenti si pongono in aperta violazione dei principi di tutela della concorrenza e di apertura al mercato, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione., ”*; la questione è stata anche in seguito riproposta nella segnalazione *AS1684 Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel decreto rilancio, del 7 luglio 2020*, in cui l'Autorità ha sottolineato che le proroghe alla attivazione di procedure di gara per il rilascio delle concessioni disposte dal richiamato decreto *“si vanno ad aggiungere ad altre misure analoghe disposte, negli ultimi interventi normativi, quali ad esempio quelle in materia di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico (articolo 125-bis del decreto legge n. 18/2020, convertito dalla legge n. 27/2020)”* e che *“in relazione a tali misure l'Autorità, come più volte sottolineato, auspica, nell'interesse del mercato, che il legislatore effettui un attento bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio. Tali proroghe infatti rinviando ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Provvedimenti tesi a posticipare il confronto concorrenziale dovrebbero, quindi, essere rigorosamente temporanei e direttamente funzionali al superamento dell'emergenza. Eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima il ricorso a strumenti idonei a favorire un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche”*.

(ii) Per quanto riguarda invece il problema della disciplina del c.d. passaggio di consegne da gestore uscente e gestore entrante, si ricorda la segnalazione *AS1137 Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza* con la quale l'Autorità, richiamando la già avviata procedura di infrazione n. 2011_2016, suggeriva di modificare l'articolo 37 del d.l. n. 83/2012 (convertito in l. n. 134/2012) per superare il riferimento al *“trasferimento del (l'intero) ramo d'azienda”* dal gestore uscente al nuovo entrante, prevedendo il trasferimento a titolo oneroso delle sole opere asciutte e la contestuale devoluzione gratuita delle opere bagnate al demanio statale. E proponendo che la quantificazione del valore delle opere asciutte avvenisse con modalità trasparenti e in contraddittorio tra gestore entrante e gestore uscente, eventualmente affidando a un soggetto terzo indipendente il compito di certificare la congruità del valore dell'indennizzo; il tema è stato riproposto nella già richiamata segnalazione *AS1550 Concessioni e criticità concorrenziali del 20 dicembre 2018*.

il c.d. ‘diritto di insistenza’ del concessionario uscente in caso di nuova assegnazione¹⁰.

Dopo l’eliminazione del diritto di insistenza di cui all’articolo 37, comma 2, del Codice della Navigazione, l’Autorità è intervenuta ancora nella materia, per segnalare la perdurante mancata attivazione di meccanismi competitivi di assegnazione delle concessioni e la sistematica proroga delle concessioni in essere, di durata peraltro particolarmente consistente.

Anche in questo caso, uno degli interventi più importanti è rappresentato dalla segnalazione AS1550¹¹ – con cui l’Autorità, dopo avere evidenziato quanto statuito dalla Corte di Giustizia (nelle *cause riunite C-458/14 e C-67/15*), richiamava l’attenzione sull’opportunità di adottare in tempi celeri una nuova normativa relativa alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, che prevedesse *“l’immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità e che garantisca all’amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un’adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività”*.

Considerazioni analoghe sono state anche in questo caso riproposte nella segnalazione AS1684¹², nella quale si è invitato il Governo a riflettere sulla reale utilità di misure che *“rinviando ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l’affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica”*.

Proprio nella materia che interessa, peraltro, l’intervento dell’Autorità non si è potuto limitare alla formulazione di proposte di riforma normativa, ma, anche a seguito dei numerosi esposti ricevuti, si è dovuto estendere all’impugnazione di quegli atti amministrativi che, richiamando norme nazionali che autorizzano l’adozione di lunghe proroghe delle concessioni esistenti, si pongono in contrasto con il principio di gerarchia delle fonti normative e, nel merito, ingessano i mercati nazionali con evidenti pregiudizi per gli operatori e la collettività¹³.

¹⁰ Tra i principali interventi vale menzionare AS1468 Regione Liguria - Legge n. 25/2017 in materia di qualificazione e tutela dell’impresa balneare e legge n. 26/2017 sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative, 12 dicembre 2017; AS1511 Legge Regione Calabria n. 14-2012/Concessioni demaniali marittime a supporto di attività ricettive, 13 giugno 2012; AS551 Concessioni demaniali marittime nella regione Calabria, 24 luglio 2009

¹¹ Segnalazione AS1550 Concessioni e criticità concorrenziali, 12 dicembre 2018, in Boll. 48/2018

¹² Segnalazione AS1684 Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel decreto rilancio, 1° luglio 2020, in Boll. 28/2020.

¹³ Al momento le segnalazioni ex art. 21 bis sono già abbastanza numerose e in diversi casi l’Autorità ha dovuto altresì impugnare l’atto segnalato, in ragione della mancata modifica dello stesso da parte delle amministrazioni

Da ultimo, sulla materia l'Autorità è tornata ad esprimersi in occasione della segnalazione AS1730 (Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021)¹⁴, nella quale ha osservato come l'affidamento delle concessioni tramite procedure competitive consenta la piena valorizzazione del bene demaniale delle coste italiane che, come riconosciuto anche all'articolo 1, comma 675, della legge n. 145/2018, rappresenta un elemento strategico per il sistema economico del Paese. Ed è proprio l'art. 37 del Codice della Navigazione che permette all'amministrazione concedente di affidare la concessione al soggetto che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione. Peraltro, si evidenzia che già diverse Amministrazioni locali, a seguito della segnalazione dell'Autorità¹⁵, hanno intrapreso il percorso virtuoso di bandire le gare secondo i principi della direttiva europea.

Nella prospettiva che qui maggiormente interessa, si può osservare come anche nella materia considerata la recente apertura della procedura di infrazione sembri confermare che l'Autorità, nell'esercizio della propria funzione di *advocacy*, può svolgere un ruolo potenzialmente utile anche nella prevenzione o nella soluzione più celere di procedure d'infrazione riguardanti la disciplina delle attività economiche.

Difatti, anche in questa circostanza l'iniziativa della Commissione europea non sembra, in effetti, differire da quanto l'Autorità aveva già prospettato nelle proprie segnalazioni, giacché, da quel che emerge dalle poche informazioni al momento esistenti sulla nuova procedura, il problema sollevato anche a livello euro-unitario sembra proprio quello dell'eccessiva lunghezza dei rinnovi delle concessioni esistenti in assenza di confronto competitivo.

destinatari (S4080, S4106, S3924). La posizione dell'Autorità è stata condivisa dalla giurisprudenza amministrativa che ha già avuto modo di esaminare la questione (cfr., TAR Toscana, 363/2021, che ha richiamato quanto già stabilito in proposito dalla Corte di Giustizia - nelle cause riunite sopra citate - dal Consiglio di Stato - con la sentenza n. 7874/2019 e dalla Corte costituzionale); al contempo, la pluralità degli interventi che l'Autorità si trova ad affrontare, per risolvere le restrizioni insistenti su molteplici mercati locali, testimonia l'importanza di una procedura generale di revisione delle norme primarie, che eviti l'adozione di atti amministrativi suscettibili di annullamento.

¹⁴ AS1730, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2021*, 22 marzo 2021, in *Boll.* 13/2021

¹⁵ Cfr. AS1720, *Comune di Roma - Disciplina delle concessioni di posteggio per il commercio su area pubblica*, 2 febbraio 2021, in *Boll.* 7/2021; AS1738, *Comune di Capri (NA) - Procedura rinnovo concessioni demaniali marittime con finalità turistiche-ricreative*, 20 aprile 2021, in *Boll.* 17/2021; AS1714, *Comune di Latina - Estensione della durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistiche-ricreative*, 1° dicembre 2020, in *Boll.* 1/2021.

Il subappalto

Rispetto alla disciplina del subappalto, il legislatore nazionale nel Codice dei contratti ha scelto:

- a) innanzitutto di fissare una percentuale massima della quota subappaltabile da determinare sull'importo complessivo del contratto¹⁶,
- b) di introdurre l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori per i contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria o, indipendentemente dall'importo a base di gara, per quelli riguardanti le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa¹⁷,
- c) di vietare il subappalto "a cascata"¹⁸.

Il legislatore, in sede di conversione del Decreto - legge n. 32/2019¹⁹ - senza intervenire direttamente sul testo dell'art. 105 del Codice - ha introdotto poi delle deroghe temporali all'applicazione degli obblighi di cui ai commi 2 e 6 del medesimo articolo. Nelle more di una complessiva revisione del Codice dei contratti pubblici, fino al 31 dicembre 2020, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture²⁰.

L'ordinamento europeo, viceversa, ritiene che il subappalto sia uno strumento utile per aprire il mercato delle commesse pubbliche alle piccole e medie imprese (PMI), favorendone la massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica. Per tale ragione, le direttive europee in materia non hanno mai inteso vietare il subappalto con la fissazione di una limitazione quantitativa al contratto subappaltabile²¹.

¹⁶ Cfr. art. 105, comma 2 e comma 5.

¹⁷ Cfr. art. 105, comma 6.

¹⁸ Cfr. art. 105, comma 19.

¹⁹ Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

²⁰ Fino alla predetta data sono state altresì sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80, riferite al subappaltatore.

²¹ Cfr. art. 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere. La stessa impostazione si ritrova nell'art. 79, paragrafo 3, della direttiva 2014/25/UE (e nel considerando 87 di tale direttiva).

La discrasia evidenziata ha fatto sì che la Commissione Europea prima, e la Corte di Giustizia poi, abbiano ritenuto la normativa italiana (modificata dalla l. n. 55 del 2019 di conversione del d.l. 32/2019 c.d. “sblocca cantieri”) - incompatibile con le regole europee.

Nella stessa direzione tracciata dalle Istituzioni europee, si è in più occasioni mossa anche l’Autorità che ha evidenziato la valenza pro-concorrenziale dell’istituto del subappalto, anche attraverso un ampliamento dei limiti al suo utilizzo, al fine di aumentare le possibilità per le piccole e medie imprese di operare sui mercati²².

Tra gli interventi più recenti, vale menzionare la segnalazione *AS1707*²³.

In particolare, l’Autorità, anche tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di subappalto - che contiene indicazioni rilevanti per il “riallineamento” della normativa nazionale a quella euro-unitaria, incentrate sui principi di ragionevolezza e proporzionalità, al fine di evitare pregiudizi alle piccole e medie imprese - ha affermato l’opportunità di una modifica normativa volta:

innanzitutto a eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile;

in secondo luogo, a prevedere l’obbligo in capo agli offerenti, che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota-parte di lavori da subappaltare, oltre all’identità dei subappaltatori;

infine, a consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all’utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell’identità dei subappaltatori.

²² Più specificamente, è stato evidenziato come, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE del 26 settembre 2019 nel caso C-63/18 *Vitali*, una normativa nazionale come quella italiana, che vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto oltre una percentuale fissa dell’affidamento, indipendentemente dal settore economico interessato dall’appalto, dalla natura dei lavori o dall’identità dei subappaltatori, non può essere ritenuta compatibile con la Direttiva 2014/24/UE. È stato, pertanto, auspicato di modificare le norme limitative del subappalto per il concessionario pubblico, che risultano in contrasto con la normativa europea. Cfr. segnalazione *AS1592 Decreto Crescita - Incentivi fiscali riconosciuti in ipotesi di interventi di riqualificazione energetica e di adozione di misure antisismiche*, del 12 giugno 2019; segnalazione *AS1683 Criticità in merito allo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione fissa e mobile a banda ultra-larga*, del 1° luglio 2020.

²³ A valle della procedura di infrazione sopra richiamata, con tale segnalazione (*Normativa di utilizzo del subappalto*, del 3 novembre 2020, in *Boll.* 45/2020), l’Autorità ha posto l’accento sulla necessità che eventuali limiti all’utilizzo del subappalto a) siano proporzionati all’obiettivo di interesse generale che si intende perseguire; b) si giustificino in relazione al caso concreto, sulla base di criteri ben definiti e motivati dalla stazione appaltante in sede di gara.

Da ultimo, l'Autorità è nuovamente intervenuta sulla materia con la segnalazione AS1730 sulla legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021, suggerendo misure volte a modernizzare e semplificare le regole e le procedure applicabili agli appalti pubblici, che rientrano tra gli obiettivi strategici ai fini del rilancio dell'economia e dell'attivazione degli investimenti.

Anche in questo contesto le coordinate da tenere presenti sono state rinvenute nelle direttive europee del 2014, il cui principale obiettivo è di aumentare l'efficienza delle scelte dell'amministrazione garantendo, da un lato, una maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti e, dall'altro, una semplificazione delle regole e delle procedure da seguire.

Ciò a vantaggio non solo dell'acquirente pubblico, che può spendere meglio le risorse assegnate, ma anche delle imprese che vengono liberate da tutti quegli oneri che rendono spesso ingiustificatamente costosa e complessa la partecipazione agli appalti e, per un altro, ne ritardano l'aggiudicazione e la esecuzione.

In tal senso è stata segnalata proprio la disciplina del subappalto di cui all'articolo 105 del Codice dei contratti pubblici, in quanto volta restringere ingiustificatamente e in contrasto con la normativa euro unitaria la partecipazione agli appalti delle piccole e medie imprese.

In conclusione, l'Autorità continuerà a monitorare e, attraverso il proprio potere di segnalazione, a evidenziare le criticità: il tutto in ossequio al principio di leale collaborazione e nel pieno rispetto delle prerogative del Governo e del Parlamento.

Vi ringrazio per l'attenzione.